

SO_GERICHTE VWBES.2022.246 vom 25. November 2022

SO Obergericht, 2022-11-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2022.246

FR: SO_GERICHTE VWBES.2022.246 du 25 novembre 2022

IT: SO_GERICHTE VWBES.2022.246 del 25 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Nach Durchlaufen eines Bagatellverfahrens, in welchem das angerufene Amt für Umwelt (AfU) eine Empfehlung zu Handen der Baudirektion B.____ abgab und die Baudirektion in der Folge auf die Einreichung eines ordentlichen Baugesuchs verzichtet hatte, rüstete die Swisscom (Schweiz) AG Ende November 2020 die ursprünglich im Jahr 2003 bewilligte Mobilfunkantenne auf GB B.____ Nr. [...], in der Verkehrszone innerhalb des Baugebiets von B.____, auf die neuste 5G Technologie um. Dabei wurde die Sendeleistung für die Frequenzen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz und 2100 MHz auf 700-900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz 2600 MHz sowie 3600 MHz erhöht. Die konventionellen Antennenkörper wurden durch adaptive Antennenkörper, welche höher (15-20cm), breiter (10-25cm) und tiefer (10cm) sind, ersetzt. Zusätzlich wurden vier vollständig neue Remote Radio Heads (RRH) am Antennenmast montiert, welche je folgende Masse aufweisen: 42 cm hoch, 34 cm breit und 43.5 cm tief.

E. 2

Die Baubehörde sei anzuweisen, das Beseitigen des rechtswidrigen Zustands und das Wiederherstellen des rechtmässigen Zustands zu verfügen.

E. 2.1

Die hier zur Beurteilung unterbreitete Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich gegen die vom BJD abschlägig beurteilte Rechtsverzögerungsbeschwerde. Anlass zur fraglichen Beschwerde an das BJD gab das Ersetzen von Sendeanennen einer bereits im Jahr 2003 bewilligten Mobilfunkanlage der Beschwerdegegnerin auf GB B.____ Nr. [...] durch einen neuen Typ sowie das Verwenden der Frequenzen von 700-900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz, 2600 MHz und 3600 MHz (zuvor 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz) beziehungsweise die Umrüstung auf die neuste 5G Technik/NR (New Radio).

E. 2.2

Die Vorinstanz erwog zusammenfassend und im Wesentlichen, der Rechtsverzögerungsbeschwerde der Beschwerdeführerin liege sinngemäss die Behauptung zugrunde, die vorgenommenen Änderungen an der Antennenanlage der Beschwerdegegnerin seien baubewilligungspflichtig. Die Beschwerdeführerin verlange in ihrem ersten Begehren die Einstellung der Bauarbeiten. Dieses Begehren dürfte sich erübrigt haben, nachdem diese Ende November 2020 bereits mehrheitlich abgeschlossen gewesen seien und auch vom BJD kein Baustopp verfügt worden sei. Weiter verlange die Beschwerdeführerin, die Baubehörde sei anzuweisen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen. Dies scheitere daran, dass der Bauherrin die Möglichkeit offenstehen müsse, die Änderungen an den Antennen in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren bewilligen zu lassen. Erst wenn auch nachträglich keine

Bewilligung erteilt werden könne, sei im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung über den Rückbau zu befinden. Die Nichteinreichung eines Baugesuchs könne der Bauherrin vorliegend nicht vorgeworfen werden, da ihr mit Schreiben des AfU vom 25. Juni 2020 mitgeteilt worden sei, dass ihr Vorhaben nicht baubewilligungspflichtig sei und dies auch von der örtlichen Baubehörde nicht verlangt worden sei. Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ohne die Möglichkeit, zunächst ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, erweise sich regelmässig als unverhältnismässig. Ausnahmen von dieser Regel würden lediglich offensichtlich nicht bewilligungsfähige Vorhaben bilden. Dies sei vorliegend indes nicht der Fall. In Anbetracht, dass das AfU mit Schreiben vom 25. Juni 2020 festgestellt habe, die Bagatellkriterien lägen vor, würden sich auch keine vorsorglichen Massnahmen aufdrängen. Ein zwischenzeitliches Nutzungsverbot sei überdies nicht angezeigt, weil die Beschwerdegegnerin die Änderungen gestützt auf die kantonale Mitteilung als bewilligungsfrei erachtet habe, mithin gutgläubig gewesen sei. Im Ergebnis sei die Rechtsverweigerungsbeschwerde somit abzuweisen, soweit die Einstellung der Bauarbeiten, die Verfügung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sowie ein Benützungsverbot verlangt worden seien. Bloss hinsichtlich der implizit geltend gemachten Baubewilligungspflicht sei der Beschwerdeführerin im Ergebnis beizupflichten. So sei festzuhalten, dass die Änderung in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu überprüfen sei. Für die Einreichung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens sei der Beschwerdegegnerin eine Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zu setzen. Sollte die Beschwerdegegnerin dieser Aufforderung nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung nicht nachkommen, wäre die Wiederherstellung des rechtmässigen ■ sprich letztmals bewilligten ■ Zustands in Betracht zu ziehen, wobei die Vorinstanz diesfalls die Prüfung der Verhältnismässigkeit vorzunehmen hätte.

E. 2.3

In ihrer ergänzenden Beschwerdebeurteilung vom 16. August 2022 bringt die Beschwerdeführerin dagegen vor, vorliegend habe die Beschwerdegegnerin im Dezember 2020 an der Mobilfunkanlage auf GB B. ___ Nr. [...] Bauarbeiten ausgeführt. Dabei sei das technische Equipment ausgetauscht und die Anlage um zusätzliche Verstärker (RRH■s) sowie um neun grössere Antennenpanels mit höheren Frequenzen erweitert worden. Im vergangenen Jahr sei der Umbau fertiggestellt worden. Kurz nach dem Baustart habe sich die Beschwerdeführerin an die Baudirektion Grenchen gewandt und einen Antrag auf einen Baustopp gestellt. Dieser Schriftenwechsel beziehungsweise die Weigerung der Stadt, auf den Antrag zu reagieren, habe Grundlage für die Beschwerde an das BJD gebildet. Im vorliegenden Fall sei die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands möglich. Eine Wiederherstellung würde im Mindesten den Rückbau der neu montierten Komponenten umfassen. Ein Rückbau sei innert eines Tages zu bewerkstelligen, womit er im Hinblick auf den Arbeitsaufwand ebenfalls zumutbar sei. Die Bauherrin betreibe in der Schweiz mehrere tausend Antennen. Sollte sie nur dann ein Baugesuch für einen Umbau stellen müssen, wenn sich jemand in der Umgebung beschwere, dann sei dies rechtsmissbräuchlich. Das öffentliche Interesse an der Behebung der Rechtswidrigkeit sei vorliegend gross. Die Abweichung vom Erlaubten sei zudem bedeutend, da das Volumen um das Fünffache zugenommen habe und die Antenne mittels neuen Antennendiagrammen andere Senderrichtungen bestrahle. An diesen Orten sei bisher die Strahlenbelastung noch nie berechnet oder gemessen worden. Die Bedeutung der Änderung werde von der Tatsache unterstrichen, dass die Änderung der Anlage einer Baubewilligung bedürfe. Die Beschwerdegegnerin betreibe in der Schweiz mehrere Tausend Antennen. Ihr sei somit

hinlänglich bekannt, wie Art. 22 Raumplanungsgesetz (RPG, SR 700) in Bezug auf Antennenanlagen zu interpretieren sei. Aufgrund ihrer Erfahrungen hätte ihr somit bewusst sein müssen, dass es sich bei der Auskunft des AfU vom 25. Juni 2020 um eine offensichtlich fehlerhafte Mitteilung handle. Mit dem Umbau der Anlage hätten sich auch die Antennendiagramme geändert, wobei diese Änderung gemäss den damals geltenden Bagatellkriterien der BPUK explizit der Einreichung eines Baugesuchs bedurft hätte. In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz die Abweisung des beantragten Nutzungsverbots pauschal mit der Gutgläubigkeit der Beschwerdegegnerin begründet, indem diese gestützt auf die Mitteilung des AfU die Bagatellkriterien eingehalten und das Vorhaben als bewilligungsfrei erachtet habe. Die Vorinstanz verkenne damit, dass die Beschwerdegegnerin bereits damals von der Bewilligungspflicht ihres Vorhabens gewusst habe. Durch die Abschaltung der unbewilligten Frequenzen beziehungsweise Antennen würden der Beschwerdegegnerin keine Nachteile erwachsen. Zum Zeitpunkt des Umbaus der Anlage habe die fragliche Anlage bereits 5G abgestrahlt. Dank einem Software-Update könnten Nutzer auf 5G zurückgreifen. Bereits die ursprünglich bewilligte Antenne sei damit in der Lage gewesen, das gesamte Spektrum von 2G bis 5G abzudecken. Einer Abschaltung aller nicht bewilligten Frequenzen sowie die Versetzung der RRHs in den Technischschrank stehe somit nichts im Wege. Zusammenfassend sei Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung somit aufzuheben und es sei die Abschaltung beziehungsweise der Rückbau aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit anzuordnen.

E. 3

Sowohl die Baudirektion B.____ als auch die Swisscom (Schweiz) AG schlossen mit Eingaben vom 28. Januar 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

E. 3.1

Stellt die Baubehörde einen rechtswidrigen Zustand fest, setzt sie zu dessen Beseitigung eine angemessene Frist (§ 151 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz [PBG, BGS 7.11.1]). Aus wichtigen Gründen, insbesondere bei Dringlichkeit, kann sie eine Anordnung sofort in Kraft setzen (Abs. 2). Ist eine Baute oder Anlage ohne Bewilligung errichtet worden, hat die Baubehörde ■ vor der Einleitung restitutorischer Massnahmen ■ indes vorab zu prüfen, ob die ausgeführten Arbeiten beziehungsweise Änderungen nachträglich bewilligt werden können. Eine besondere Rechtsgrundlage für die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens bedarf es aus folgenden Gründen nicht: Zum einen bleibt das Vorhaben kraft Art. 22 Abs. 1 RPG bewilligungspflichtig und zum anderen erweist sich die Wiederherstellungsanordnung für eine formell rechtswidrige, aber möglicherweise materiell rechtskonforme Baute grundsätzlich als unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsгарantie (Art. 26 Bundesverfassung [BV, SR 101], vgl. Bernhard Waldmann in: Alain Griffel et al. [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf, 2016, Rz. 6.6 ff.). Können die fraglichen Arbeiten nachträglich bewilligt werden, wird der Mangel der formellen Rechtswidrigkeit geheilt. Werden sie nachträglich nicht bewilligt, sind sie sowohl formell als auch materiell rechtswidrig. In solchen Fällen sind die zuständigen Behörden grundsätzlich zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verpflichtet (Waldmann, a.a.O., Rz. 6.10 ff.).

E. 3.2

Vorliegend ist unbestritten, dass die Änderungen an der Mobilfunkanlage der Beschwerdegegnerin auf GB B.____ Nr. [...] ohne Baubewilligung vorgenommen wurden.

Soweit vorliegend von Bedeutung hielt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung diesbezüglich fest, die zur Diskussion stehenden Änderungen seien baubewilligungspflichtig. Der Beschwerdegegnerin wurde entsprechend Frist gesetzt, innert 60 Tagen ab Rechtskraft von Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ein entsprechendes Baugesuch einzureichen. Wie in Ziff. II/E. 3.1 hiervor dargelegt, gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ■ hier nicht einschlägige Ausnahmen vorbehalten ■, dass vor der Einleitung restitutorischer Massnahmen zu prüfen ist, ob die ausgeführten Änderungen nachträglich bewilligt werden können. Mit der Gelegenheit zur Einreichung eines Baugesuchs kommt die Vorinstanz diesem Grundsatz nach. Was die Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Die Beschwerdegegnerin reichte am 18. Juni 2020 beim Amt für Umwelt (AfU) ein neues Standortdatenblatt ein und ersuchte um Durchführung eines Bagatellverfahrens. Der Beschwerdegegnerin Bösgläubigkeit vorzuwerfen, weil die Baudirektion aufgrund der damaligen BPUK-Empfehlung auf eine Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens verzichtete, geht nicht an. Der angefochtenen Verfügung zufolge erweisen sich die Änderungen an der Mobilfunkanlage der Beschwerdegegnerin zum aktuellen Zeitpunkt lediglich als formell rechtswidrig. Vor diesem Hintergrund ist hier nicht von Belang, ob die Wiederherstellung faktisch möglich und zumutbar ist. Das zweite Hauptbegehren erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 3.3

Und auch die Rechtsbegehren drei und vier erweisen sich als unbegründet. Neben der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift ein Betriebsverbot für alle nicht bewilligten Frequenzen mit einem neuen Antennendiagramm sowie das Verschieben der RRH■s in den Technikraum.

E. 3.4

Mit Schreiben vom 25. Juni 2020 erachtete das AfU die fragliche Umverteilung der Sendeleistung zwischen den bisher genutzten und den neuen Frequenzbändern im Rahmen eines Bagatellverfahrens als bewilligungsfrei. Die zur Diskussion stehende Umrüstung der Mobilfunkantenne auf GB B. ___ Nr. [...] wurde folglich bereits im Juni 2020 von der zuständigen Fachbehörde beurteilt und es wurde eine entsprechende Empfehlung an die Baudirektion abgegeben. Wie unter Ziff. II/E. 3.2 hiervor festgestellt, haben sich die fraglichen (baulichen) Änderungen an der Anlage lediglich als formell rechtswidrig erwiesen (vgl. zum Ganzen VWBES.2022.260). Inwiefern sich vor diesem Hintergrund ■ vor Einreichung eines Baubewilligungsgesuchs ■ ein Betriebsverbot rechtfertigen würde, wird von der Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Das Gleiche gilt für das Verschieben der RRH■s in den Technikraum. In ihrer ergänzenden Beschwerdebeurteilung führt die Beschwerdeführerin selber aus, die Position der RRH■s sei unerheblich (vgl. Rz. 24 [S. 5] der ergänzenden Beschwerdebeurteilung). Weshalb vor einem Entscheid im Rahmen eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens darüber befunden werden muss, kann nicht nachvollzogen werden.

4. Zusammenfassend erweist sich Beschwerde somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei in Anwendung von § 77 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, BGS 124.11) i.V.m. Art. 106 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu

bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebür auf CHF 1'500.00 festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sind. Die verbleibenden CHF 500.00 sind der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Sodann hat sie die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin zu entschädigen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht für das hiesige Verfahren (VWBES.2022.246) mit Kostennote vom 14. September 2022 einen Aufwand von 6 Stunden à CHF 300.00 sowie eine Kleinspesenpauschale von 3% und MWST von CHF 142.75, total ausmachend CHF 1'996.75 geltend. Der zur Anwendung gelangende Gebührentarif (GT, BGS 615.11) kennt keine Kleinspesenpauschale. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Ermessenspauschale auf 30.00 festzusetzen. Eine Honorarvereinbarung wurde nicht eingereicht. Praxisgemäss wird der Stundenansatz somit auf CHF 260.00 festgesetzt. Die Parteientschädigung der Beschwerdegegnerin wird somit auf CHF 1'712.45 festgelegt und ist von der Beschwerdeführerin zu tragen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. hat die Kosten des Verfahrens von CHF 1'500.00 zu bezahlen.

3. A. ___ hat der Swisscom (Schweiz) AG eine Parteientschädigung von CHF 1'712.45 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Trutmann

E. 4

Mit Verfügung vom 1. Juli 2022 wies das BJD die Beschwerde ab (Dispositivziffer 1). Gleichzeitig wurde die Swisscom (Schweiz) AG verpflichtet, für die vorgenommene Änderung beziehungsweise den derzeitigen Zustand der Mobilfunkanlage auf GB B. ___ Nr. [...] innert sechzig Tagen ab Rechtskraft der Verfügung ein ordentliches Baugesuch einzureichen (Dispositivziffer 2). Die Verfahrenskosten von CHF 600.00 wurden A. ___ zur Bezahlung auferlegt (Dispositivziffer 3). Parteientschädigungen wurden nicht zugesprochen (Dispositivziffer 4).

E. 5

Am 16. August 2022 reichte sie eine ergänzende Beschwerdebegründung zu den Akten.

E. 6

Mit Vernehmlassung vom 24. August 2022 beantragte das BJD die kostenfällige Abweisung der Beschwerde mit Verweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung.

E. 7

Die Beschwerdegegnerin verlangt mit Beschwerdeantwort vom 8. September 2022 die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Beschwerde soweit überhaupt darauf einzutreten sei.

E. 8

Unaufgefordert liessen sich die Beschwerdeführerin am 29. September 2022 und die Beschwerdegegnerin am 12. Oktober 2022 nochmals vernehmen.

E. 9

Die Sache ist spruchreif. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). A.____ ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.